

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Opvolgend werkgeverschap)

Bouwens, W.H.A.C.M.

2012

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Bouwens, W. H. A. C. M., (2012). *Case note: Hoge Raad (Opvolgend werkgeverschap)*, May 11, 2012. (Ars aequi; Vol. 2012).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Opvolgend werkgeverschap

Prof.mr. W.H.A.C.M. Bouwens

Hoge Raad 11 mei 2012, LJN: BV9603, *JAR* 2012/150 (*Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*)

## Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd vervullen een belangrijke functie in de flexibiliteitsbehoefte van werkgevers. Deze overeenkomsten stellen werkgevers in staat de omvang van hun personeelsbestand op betrekkelijk korte termijn eenvoudig aan te passen aan fluctuaties in het werkaanbod, omdat zij – enkele uitzonderingen nu daargelaten – van rechtswege eindigen wanneer de overeengekomen tijd is verstreken (art. 7:667, eerste lid, BW). De veelal als knellend ervaren bepalingen omtrent opzegging van de arbeidsovereenkomst – de preventieve ontslagtoets (art. 6 BBA), bijzondere opzegverboden (zie o.m. art. 7:670 BW), opzegtermijnen (art. 7:672 BW) en de rechterlijke redelijkheidstoetsing (art. 7:681 BW) – gelden niet voor het niet verlengen van bepaaldetijdcontracten. Tegenover deze door werkgevers als positief ervaren flexibiliteit staat echter een grote mate van inkomens- en arbeidsonzekerheid aan de zijde van de betrokken werknemers. Zij moeten de bescherming van het ontslagrecht vrijwel geheel ontberen.

Om tegemoet te komen aan de bij veel bedrijven levende wens tot meer flexibiliteit, verruimde de wetgever in het kader van de Wet Flexibiliteit en zekerheid ingaande 1999 de mogelijkheden voor het herhaald gebruik van bepaaldetijdcontracten.<sup>1</sup> Het onverkort mogelijk maken van repeterend gebruik van tijdelijke contracten zou voor werknemers echter te veel onzekerheid creëren en de regeling van het onbepaaldetijdcontract ondermijnen.<sup>2</sup> De mogelijkheden om meerdere opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten werden daarom in het nieuw ingevoerde artikel 7:668a, eerste lid, BW

aan beperkingen gebonden. Deze beperkingen zien op de duur en het aantal opeenvolgende bepaaldetijdcontracten. Vanaf de dag dat meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden wordt overschreden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. Deze conversie vindt ook plaats wanneer méér dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van maximaal drie maanden.<sup>3</sup>

Na de invoering van artikel 7:668a BW kwam Richtlijn 1999/70/EG tot stand.<sup>4</sup> Deze richtlijn is gericht op de uitvoering van een door de sociale partners op Europees niveau gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Blijkens de preambule beoogt zij een bijdrage te leveren aan de totstandbrenging van een beter evenwicht tussen de behoefte aan flexibiliteit van werkgevers enerzijds en zekerheid voor de werknemers anderzijds. Daarbij wordt tot uitgangspunt genomen dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding zijn en bijdragen tot de levenskwaliteit van de betrokken werknemers en de rendementsverhoging. De richtlijn erkent echter ook dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in sommige omstandigheden in een behoefte voorzien. Wel worden de lidstaten verplicht om maatregelen te nemen teneinde misbruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als gevolg van het opeenvolgend gebruik te voorkomen. Gelet op clausule 5 van de raamovereenkomst kunnen deze maatregelen onder meer bestaan uit de vaststelling

1 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300 en Wet van 24 december 1998, *Stb.* 741.

2 Nota Flexibiliteit en zekerheid, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 543, nr. 2, p. 27-29.

3 De wet kent een aantal uitzonderingen op de omzetting van rechtswege. De regeling geldt niet

voor de arbeidsovereenkomst van maximaal drie maanden die onmiddellijk volgt op een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst voor de duur van 36 maanden of langer (art. 7:668a lid 3 W) en gedurende de eerste 26 weken van de uitzendovereenkomst (art. 7:691 lid 1 BW).

Verder is afwijking mogelijk bij cao of bij publiek-rechtelijke regeling (art. 7:668a lid 5 BW)

4 Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999, *PbEG* 1999, L 175/43.

van de maximale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd. De lidstaten zijn bevoegd, na raadpleging van de sociale partners, zelf te bepalen wanneer arbeidsovereenkomsten als 'opeenvolgend' moeten worden aangemerkt. Vanwege artikel 7:668a BW oordeelde de regering het niet nodig om voor clause 5 implementatiewetgeving tot stand te brengen.<sup>5</sup>

### Verschillende werkgevers

De beperkingen ten aanzien van duur en aantal opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd neergelegd in artikel 7:668a, eerste lid, BW betreffen overeenkomsten aangegaan tussen dezelfde partijen. In het advies van de Stichting van de Arbeid, dat mede ten grondslag lag aan de Wet Flexibiliteit en zekerheid, werd voorgesteld in de wet tevens een bepaling op te nemen ter ondervanging van de zogenoemde 'draaideurconstructie'.<sup>6</sup> Deze constructie werd onder het oude recht toegepast om aan de gevolgen van een voortgezette arbeidsovereenkomst te ontkomen. De werknemer verrichtte daarbij, vaak gedurende een reeks van jaren, dezelfde werkzaamheden binnen dezelfde arbeidsorganisatie op basis van bepaaldetijdcontracten die werden afgewisseld met perioden waarin gewerkt werd op basis van terbeschikkingstelling door een derde, in de regel een uitzendbureau. In de jaren negentig van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad afgerekend met de draaideurconstructie. Een redelijke wetstoepassing bracht naar het oordeel van de raad mee dat de constructie de door de wet gewaardeerde dwingendrechtelijke ontslagbescherming niet aan de werknemer kon ontnemen, tenzij voor het toepassen daarvan een objectieve rechtvaardigingsgrond bestond.<sup>7</sup> Bij haar pleidooi voor een bepaling om draaideurconstructies te bestrijden, verwees de Stichting naar het reeds ingetrokken wetsvoorstel 21 479 tot herziening van het ontslagrecht, waarin ook een bepaling met die strekking was opgenomen.<sup>8</sup>

De wetgever heeft de suggestie van de Stichting van de Arbeid ter harte genomen door in het tweede lid van artikel 7:668a de regeling van het eerste lid van overeenkomstige toepassing te verklaren op 'elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolgers te zijn'.<sup>9</sup> De formulering is ontleend aan artikel 1639k, eerste lid, onderdeel b, oud BW, dat betrekking had op de berekening van de opzegtermijn. In de wetgeschie-

denis zoekt men tevergeefs naar een nadere omschrijving van 'opvolgend werkgeverschap' in vorenbedoelde zin. Volstaan wordt met het geven van enkele voorbeelden. Naast de eerder gememoreerde draaideurconstructie worden genoemd: het schuiven met personeel binnen concernverband en bedrijfsovernames.<sup>10</sup>

### Boekenvoordeel/Isik

De reikwijdte van artikel 7:668a, tweede lid, BW stond centraal in het arrest van de Hoge Raad uit 2006 in de zaak *Boekenvoordeel/Isik*.<sup>11</sup> Dit betrof een werkneemster wier tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als filiaalchef werd opgezegd door de curator nadat haar werkgever failliet was gegaan. Vervolgens trad zij in een vergelijkbare functie en onder min of meer dezelfde arbeidsvoorwaarden voor bepaalde tijd in dienst bij Boekenvoordeel, die de onderneming van de curator had overgenomen uit de failliete boedel. Het contract werd nogmaals verlengd. Toen Boekenvoordeel zich vervolgens op het standpunt stelde dat deze laatste arbeidsverhouding van rechtswege eindigde, vorderde mevrouw Isik doorbetaling van loon en feitelijke tewerkstelling, omdat de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:668a, tweede lid, BW naar haar mening van rechtswege had te gelden als een overeenkomst voor onbepaalde tijd.

Boekenvoordeel betoogde in cassatie onder meer dat artikel 7:668a, tweede lid, uitsluitend gold voor misbruiksituaties. Toepassing van de bepaling in een geval als het onderhavige, waarin de oorspronkelijke werkgever is gefailleerd en een onderdeel van de gefailleerde onderneming door de curator uit het faillissement wordt verkocht, terwijl de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is opgezegd door de curator, stond volgens haar bovendien op gespannen voet met de regeling van artikel 7:666 BW, dat toepasselijkheid van bepaalde regels inzake overgang van onderneming bij faillissement uitsluit. De Hoge Raad verwierp het beroep in cassatie. Hij overwoog:

'Het middel faalt. In art. 7:666 BW wordt art. 7:668a lid 2 BW niet uitgesloten van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Anders dan het middel tot uitgangspunt neemt, is toepassing van art. 7:668a lid 2 BW naar tekst en strekking van die bepaling niet beperkt tot de in het middel bedoelde gevallen waarin, kort gezegd, opvolging van werkgevers wordt misbruikt bij de hantering van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Aan de in het tweede lid van art. 7:668a BW voorgeschreven overeenkomstige toepassing van de in het eerste lid bepaalde omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, staat in een geval als het onderhavige niet in de weg dat de curator de arbeidsovereenkomst van Isik met Octagon regelmatig heeft opgezegd.'

5 *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 661, nr. 3, p. 4.

6 STAR, *Nota 'Flexibiliteit en zekerheid'*, Den Haag 1996, p. 18.

7 HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707 (*Bootsma c.s./Campina*); HR 12 april 1996, *JAR* 1996/114 (*Jalinkilic/Spreeuwenberg Steigerbouw*) en HR 25 oktober 1996, *JAR* 1996/234 (*Wolfard/Frico Domo*).

8 Genoemde bepaling was het resultaat van het

amendement Brouwer/Zijlstra (*Kamerstukken II* 1991-1992, 21 479, nr. 32). Dit amendement voorzag in vervanging van art. 1639f lid 5 oud BW door de volgende bepaling: 'Voor de toepassing van het derde en vierde lid worden dienstbetrekkingen geacht een voortgezette dienstbetrekking te vormen: a. (...); b. indien zij zijn overeengekomen tussen de arbeider en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijker-

wijze als elkanders opvolgers te beschouwen zijn.'

9 Een vergelijkbare bepaling treffen we aan in art. 7:667, vijfde lid, BW dat de zogeheten 'Ragelie-regel' van art. 7:667, vierde lid, BW van overeenkomstige toepassing verklaart op 'opvolgende werkgevers'.

10 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9 en 26.

11 HR 14 juli 2006, *JAR* 2006/190.

Het arrest is in de literatuur bekritiseerd, vooral omdat doorstartende ondernemers als gevolg daarvan ervan af zouden gaan zien om personeel van de failliete onderneming bij een doorstart een arbeidsovereenkomst aan te bieden.<sup>12</sup> Consequentie leek immers dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de werknemer die reeds drie contracten voor bepaalde tijd had gehad bij de failliet of daar al langer dan drie jaar werkzaam was geweest, bij aangaan onmiddellijk van rechtswege wordt omgezet in een contract voor onbepaalde tijd.<sup>13</sup> Het hierna te bespreken arrest *Van Tuinen/Taxicentrale Wolters* leert echter dat dit niet zonder meer het geval is.

### **Van Tuinen/Taxicentrale Wolters**

Ymke van Tuinen trad in 2007 voor bepaalde tijd in dienst als chauffeur bij Connexxion Taxi Services BV. Deze overeenkomst werd tweemaal voor bepaalde tijd verlengd, de laatste keer tot en met 31 maart 2008. Van Tuinen werd vooral ingeroosterd voor vervoer in het kader van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO). De gemeente Leeuwarden had dit vervoer via aanbesteding aan Connexxion gegund tot en met 31 maart 2008. In februari 2008 besluit de gemeente het WMO-vervoer met ingang van 1 april 2008 te gunnen aan een andere aanbieder, de Vier Gewesten BV, die voor de feitelijke uitvoering daarvan Taxicentrale Wolters inschakelt.

Op grond van haar verplichtingen uit hoofde van de Wet Personenvervoer en de toepasselijke cao doet Wolters aan een deel van het personeel van Connexxion dat betrokken is bij het WMO-vervoer een aanbod om bij haar in dienst te treden, ook aan Van Tuinen. Zij accepteert dit aanbod en treedt op 1 april 2008 voor de duur van 1 jaar als taxi-chauffeur bij Wolters in dienst. Het gaat om soortgelijke werkzaamheden als bij Connexxion gedurende hetzelfde aantal uren per week. Deze arbeidsovereenkomst wordt nog een keer met een jaar verlengd tot en met 31 maart 2010. Wolters blijkt niet bereid deze overeenkomst daarna nog verder te verlengen. Zij stelt zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van Van Tuinen per laatstgenoemde datum van rechtswege eindigt.

Van Tuinen betwist dit standpunt en vordert in kort geding doorbetaling van haar loon en toelating tot haar werk op straffe van een dwangsom. Zij voert primair aan dat sprake is van overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 lid 2 BW en subsidiair dat sprake is van

opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a, tweede lid, BW waardoor zij op die grond een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd had gekregen. De kantonrechter wijst de vorderingen van Van Tuinen op de subsidiair aangevoerde grond toe. In hoger beroep wordt zij echter in het ongelijk gesteld. De Hoge Raad verwerpt het daartegen gerichte beroep in cassatie.

Het eerste onderdeel van het cassatiemiddel had betrekking op het beroep van Van Tuinen op de regeling inzake overgang van onderneming. De Hoge Raad overweegt daaromtrent dat ook als zou moeten worden aangenomen dat sprake was van een overgang van (een onderdeel van) een onderneming in de zin van artikel 7:662 lid 2, aanhef en onder a, BW,<sup>14</sup> dit niet betekent dat de rechten en verplichtingen van Connexxion jegens Van Tuinen van rechtswege zijn overgegaan op Wolters. Artikel 7:663 BW bepaalt immers dat deze overgang uitsluitend plaatsvindt ten aanzien van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst met een *op dat tijdstip* voor de werkgever werkzame werknemer, van rechtswege overgaan op de verkrijger. Omdat de arbeidsovereenkomst van Van Tuinen met Connexxion afliep op 31 maart 2008 was zij op het moment van de contractswisseling per 1 april 2008 niet meer in dienst bij de overdragende werkgever.<sup>15</sup>

Het tweede onderdeel van het middel richtte zich tegen de verwerping door het hof van het beroep van Van Tuinen op artikel 7:668a lid 2 BW. De Hoge Raad oordeelt daaromtrent:

‘Ook dit onderdeel faalt. Bij de uitleg van deze bepaling dient aansluiting te worden gezocht bij de in het licht van het Europese recht ook thans nog juist te achten maatstaf die de Hoge Raad in zijn arrest van 24 oktober 1986, LJN AC9537, NJ 1987/293 heeft ontwikkeld met het oog op de beantwoording van de vraag, kort gezegd, of een proeftijdbeding rechtsgeldig is in geval van rechtsopvolging aan de zijde van de werkgever.

Het gaat in de onderhavige zaak immers om dezelfde afweging van belangen die aan de orde was in het arrest van 24 oktober 1986. Dit betekent dat aan de eis dat de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, in de regel is voldaan indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

<sup>12</sup> Zie o.m. A.M. Helstone, ‘Actualiteiten ontslagrecht bij doorstart na faillissement’, *Arbeid Integraal* 2006/4, p. 5 e.v.; L. de Hoog, ‘Doorstart na faillissement minder aantrekkelijk’, *Advocatenblad* 2006, p. 772 e.v.; E.W. de Groot, ‘Doorstart na faillissement en art. 7:668a BW’, *SR* 2006, p. 301 e.v.; C.H. Hugenholtz, ‘Doorstart na faillissement en opvolgend werkgeverschap’, *Vennootschap & Onderneming* 2006/10, p. 187 e.v.; E.M. Loesberg, ‘De Hoge Raad en de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd’, *ArA* 2007/1, p. 102 e.v.

<sup>13</sup> Althans wanneer de overeenkomsten elkaar opvolgen met tussenpozen van niet meer dan drie maanden. Hierbij moet bedacht worden dat

voor de toepassing van art. 7:668a, tweede lid, ook de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd bij de opgevolgde werkgever meetellen. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 11 en Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, LJN: BM5878, *RAR* 2010, 116.

<sup>14</sup> Hetgeen, gelet op HvJEG 25 januari 2001, *JAR* 2001/68 (*Finse Busmaatschappijen*), onwaarschijnlijk is, nu daarvoor in een sector als deze van doorslaggevend betekenis is of de verkrijger de activa van de vervreemder ter beschikking heeft gekregen. Dat Connexxion en Wolters niet rechtstreeks met elkaar hebben gecontracteerd en dat de overgang plaatsvindt in meer fases, hoeft

op zichzelf niet aan een overgang van een onderneming in de weg te staan: zie onder meer HvJEG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476 (*Sophie Redmond*) en HvJEG 24 januari 2002, *JAR* 2002/47 (*Temco*).

<sup>15</sup> Zie onder meer HvJEG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 901 (*Wendelboe*). Dat art. 4 van Richtlijn 2001/23/EG ontslag wegens de overgang van een onderneming verbiedt, kon Van Tuinen niet baten. Het niet-verlengen van een contract voor bepaalde tijd, kan volgens het Hof van Justitie namelijk niet worden gelijkgesteld met ‘ontslag’ in de zin van genoemde richtlijnbevestiging: zie HvJEU 15 september 2010, *JAR* 2011/23 (*Briot*).

Tegen deze achtergrond heeft het hof terecht en op goede gronden geoordeeld dat de omstandigheid dat Van Tuinen na indiensttreding bij Wolters dezelfde (vervoers)werkzaamheden is blijven verrichten voor dezelfde doelgroep als zij voorheen in dienst van Connexxion verrichtte, onvoldoende is om opvolgend werkgeverschap in de zin van art. 7:668a lid 2 aan te nemen. Eveneens terecht heeft het hof geoordeeld dat het feit dat Wolters en Connexxion niets anders met elkaar van doen hebben dan dat zij elkaars concurrent zijn, aan toepasselijkheid van deze bepaling in de weg staat, nu is gesteld noch gebleken dat Wolters langs andere weg inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van Van Tuinen, of dat Wolters in enig opzicht heeft getracht misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen haarzelf en Connexxion.'

### Proeftijdjurisprudentie

De Hoge Raad zoekt voor de invulling van het begrip 'opvolgend werkgeverschap aansluiting bij de jurisprudentie omtrent de rechtsgeldigheid van proeftijdbedingen. De raad refereert in dat kader aan het Europese recht. Waarschijnlijk doelt hij op de in Richtlijn 1999/70/EG neergelegde verplichting van de lidstaten om maatregelen te treffen tegen misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Omdat de richtlijn de lidstaten bevoegd verklaart zelf te bepalen wanneer arbeidsovereenkomsten als 'opeenvolgend' moeten worden aangemerkt, is de door het rechtscollège gegeven nadere invulling inderdaad in overeenstemming te achten met het Europese recht.

Volgens de Hoge Raad zou het in de proeftijdjurisprudentie om dezelfde belangenafweging gaan als in het onderhavige geval. Dit standpunt van de Hoge Raad is door diverse schrijvers bekritiseerd.<sup>16</sup> Indien partijen een proeftijd in de zin van artikel 7:652 BW zijn overeengekomen, is ieder van hen, zolang die tijd niet is verstreken, bevoegd de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen (art. 7:676 BW). Vrijwel alle normaal gesproken voor gewone opzegging geldende bepalingen zijn in die periode niet van toepassing. De werknemer is derhalve, althans wat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst betreft, min of meer rechteloos. Ratio van de proeftijdregeling is partijen desgewenst de gelegenheid te bieden om, alvorens voor de toekomst gebonden te zijn, zich gedurende een, met het oog op de belangen van de werknemer beperkte, periode (van maximaal twee maanden) proefondervindelijk op de hoogte te stellen van elkaars hoedanigheden en van de geschiktheid van de werknemer voor de bedongen arbeid.<sup>17</sup> Tegen deze achtergrond is het alleszins begrijpelijk dat de Hoge Raad niet aanvaardt dat opnieuw een proeftijd kan worden overeengekomen, wanneer partijen geacht moeten worden reeds volledig bekend te zijn met elkanders hoedanigheden, de te verrichten arbeid en de geschiktheid van de werknemer. De reeds aangehaalde schrijvers betogen dat de ratio van artikel 7:668a (en art. 7:667 lid 4) BW een wezenlijk andere is dan die van de proeftijdregeling.

De jurisprudentie over de rechtsgeldigheid van proeftijdbedingen zou zich daarom niet, althans niet zonder meer lenen om gebruikt te worden voor de beoordeling van de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a, tweede lid (en art. 7:667, vijfde lid), BW.

In een eerdere publicatie heb ik juist aansluiting bij de proeftijdjurisprudentie bepleit, omdat daarmee kan worden voorkomen dat de regeling van artikel 7:668a BW, bijvoorbeeld bij een doorstart als in het geval *Boekenvoordeel/Isik*, maatschappelijk onwenselijk te achten drempels opwerpt tegen indiensttreding bij de verkrijger.<sup>18</sup> Indien de nieuwe werkgever uitsluitend een onbepaaldetijdcontract kan sluiten met het zittend personeel terwijl hij zich nog geen duidelijk beeld heeft kunnen vormen van de kwaliteiten van de betrokken werknemers, zal hij daar mogelijk van afzien. Ik juich de stap van de Hoge Raad daarom toe. De eerder genoemde schrijvers lijken onvoldoende oog te hebben voor het feit dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de praktijk door werkgevers vaak wordt gebruikt als proefperiode om de geschiktheid van de werknemer te testen. De samenhang tussen de regeling van de proeftijd en de wettelijke mogelijkheden tot het repeterend gebruiken van bepaaldetijdcontracten komt ook tot uitdrukking in de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:668a BW. De regering was aanvankelijk namelijk van plan de wettelijk toegestane proeftijd te verlengen, maar zag daar uiteindelijk vanaf vanwege de verruiming van de mogelijkheden om opeenvolgend gebruik te maken van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.<sup>19</sup> Vóór aansluiting bij de proeftijdjurisprudentie kan voorts als argument worden aangevoerd, dat de Hoge Raad in die jurisprudentie artikel 1639k lid 1 onderdeel b oud BW analoog toepast; dezelfde bepaling als die welke ten grondslag lag aan de formulering van het huidige artikel 7:668a, tweede lid.

### Twee voorwaarden

De Hoge Raad formuleert conform de proeftijdjurisprudentie twee voorwaarden. Is aan beide voldaan, dan is 'in de regel' sprake van opvolgend werkgeverschap. Die voorwaarden zijn:

- 1 De nieuwe overeenkomst eist wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden als de vorige overeenkomst;
- 2 Tussen de nieuwe en de vorige werkgever bestaan zodanige banden dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

<sup>16</sup> Zie A.R. Houweling, noot onder *JIN* 2012/111; G.W. Voet, 'Een uniforme uitleg van het begrip "opvolgend werkgeverschap"', *AR-Updates* commentaar 2012-0470 en E. Loesberg, noot onder

*JOR* 2012/278.

<sup>17</sup> Zie onder meer HR 2 oktober 1987, *NJ* 1988, 233 (*Pons/Meerman*).

<sup>18</sup> Zie W.H.A.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgever-

schap na faillissement', *SMA* 2007, p. 201 e.v. *19 Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 7.



De eerste voorwaarde wordt in de jurisprudentie door de Hoge Raad ook gesteld aan de rechtsgeldigheid van een nieuw proeftijdbeding tussen dezelfde partijen. In het algemeen gesproken is daaraan voldaan wanneer de werknemer op grond van de nieuwe overeenkomst gedurende hetzelfde aantal uren per week, dezelfde of soortgelijke werkzaamheden gaat uitvoeren als voorheen.<sup>20</sup> Dat de arbeidsvoorwaarden niet (geheel) met elkaar overeenstemmen, is niet relevant.<sup>21</sup> Mijns inziens mag evenmin worden verlangd dat de arbeid wordt verricht op dezelfde locatie, met dezelfde bedrijfsmiddelen en/of ten behoeve van dezelfde doelgroep.<sup>22</sup> Als het een of het ander het geval is, vormt dat uiteraard wel een belangrijke aanwijzing dat geen sprake is van andere vaardigheden en verantwoordelijkheden dan in de vorige overeenkomst.

Met betrekking tot de tweede voorwaarde leert de proeftijdjurisprudentie dat niet beslissend is of de nieuwe werkgever feitelijk inzicht in de hoedanigheden van de werknemer heeft verkregen. Doorslaggevend is of het op grond van de ervaringen met de werknemer verkregen inzicht van de vorige werkgever in redelijkheid moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.<sup>23</sup>

Advocaat-generaal Timmerman lijkt zich in zijn conclusie voorafgaand aan het besproken arrest op het standpunt te stellen dat voor opvolgend werkgeverschap voldoende is dat de aard van de arbeid, de locatie waar de arbeid wordt verricht en de bedrijfsmiddelen waarmee de arbeid wordt uitgevoerd hetzelfde zijn gebleven. Deze vereisten impliceren zijns inziens dat er enige band tussen de elkaar opvolgende werkgevers bestaat (punt 3.21). Dat is juist. Maar het enkele bestaan van banden is niet voldoende. Deze banden moeten ook van zodanige aard zijn, dat zij een toerekening van het door de opgevolgde werkgever verkregen inzicht aan de nieuwe werkgever rechtvaardigen. De door de A-G genoemde omstandigheden zijn mijns inziens ontoereikend om de conclusie op te baseren dat de opvolgende werkgever bij de overname kon weten wat voor vlees hij met de overgenomen werknemers in de kuip had.

Voldoende sterke banden werden wel aanwezig geacht in het ook door de Hoge Raad aangehaalde arrest uit 1987. Daar werd voor de beoordeling van de geldigheid van een proeftijdbeding opvolgend werkgeverschap aangenomen toen een werknemer werkzaamheden ging verrichten bij een andere vennootschap met dezelfde directie als de vorige werkgever.<sup>24</sup> Gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:668a BW ligt het verder in de rede zodanige banden aan te nemen wanneer de oude en de nieuwe werkgever zijn verbonden in een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW of de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 2:24a BW.<sup>25</sup> Het enkele feit dat de oude en de nieuwe werkgever met elkaar

onderhandeld hebben, zou ik onvoldoende willen achten om tot toerekening over te gaan. Daarvoor is mijns inziens ten minste vereist dat de nieuwe werkgever toegang heeft (gehad) tot door de oude werkgever verzamelde gegevens omtrent het functioneren van de betrokken werknemer.

Artikel 7:668a, tweede lid, BW is in de eerste plaats bedoeld om draaideurconstructies te bestrijden. Ik sprak daar al over. Als we de door de Hoge Raad in het arrest *Van Tuinen / Wolters* gegeven definitie als uitputtend beschouwen, zou in deze situatie slechts van opvolgend werkgeverschap kunnen worden gesproken wanneer we het door de inlener tijdens de uitzendperiode verkregen inzicht in de kwaliteiten van de werknemer eerst toerekenen aan het uitzendbureau, om dat vervolgens weer toe te rekenen aan de inlener in zijn hoedanigheid van opvolgende werkgever. Dat is gekunsteld.

In de proeftijdjurisprudentie wordt in de gevallen waarin de werknemer als uitzendkracht dezelfde of soortgelijke werkzaamheden verricht voor de onderneming waarmee vervolgens een arbeidsovereenkomst tot stand komt, een proeftijdbeding niet gerechtvaardigd geacht, omdat de werkgever zich als inlener van de hoedanigheid en van de geschiktheid van de werknemer voor de te verrichten arbeid op de hoogte kon stellen.<sup>26</sup> In deze situatie is derhalve geen sprake van toerekening, maar is de gelegenheid om in de uitzendperiode zelf inzicht te verwerven in de kwaliteiten van de werknemer voldoende om opvolgend werkgeverschap aan te nemen. Ik zou een dergelijke benadering ook voor artikel 7:668a BW willen bepleiten. In alle gevallen waarin de werknemer op grond van de arbeidsovereenkomst met zijn vorige werkgever feitelijk dezelfde of soortgelijke werkzaamheden verrichtte onder gezag van dezelfde (rechts)persoon met wie vervolgens een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, dient mijns inziens zonder meer opvolgend werkgeverschap te worden aangenomen.

Deze benadering past ook in die van de Hoge Raad. Na de overwegingen van het Hof beoordeeld te hebben in het licht van de twee hiervoor besproken voorwaarden, overweegt de raad immers dat 'niet is gesteld noch gebleken dat Wolters langs andere weg inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van Van Tuinen.' Voor de conclusie dat sprake is van opvolgend werkgeverschap is toerekening van het door de opgevolgde werkgever op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht derhalve niet vereist, wanneer de nieuwe werkgever dat inzicht zelf langs andere weg heeft verkregen. Deze situatie doet zich onder meer voor wanneer de werknemer in zijn vorige dienstverband feitelijk werkzaam was onder toezicht en leiding van degene met wie hij aansluitend een bepaaldetijdcontract aangaat. ■

20 Zie HR 14 sept. 1984, NJ 1985, 244 (*Hardchroom / Yigit*); HR 6 dec. 1985, NJ 1986, 230 (*Van der Leelie / Benton & Bowles*); HR 13 juni 1986, NJ 1986, 715 (*Raithel / Engel*); HR 2 oktober 1987, NJ 1988, 233 (*Pons / Meerman*) en HR 8 mei 1992, NJ 1992, 480 (*Ozhan / Van Summeren*).

21 Zie HR 22 april 1993, NJ 1993, 503 (*Braber / Indebus*).

22 Vergelijk M.A. van Haelst, 'Reikwijdte "opvolgend werkgeverschap" na Van Tuinen-arrest', *TAP* 2012/6, p. 259 e.v. Zie ook Ktr. Amsterdam 30 augustus 2010, JAR 2010/237 en Ktr. Heerlen 2 november 2011, LJN: BW8463 (andere locatie). Anders: UWV-beleidsregels ontslagtaak, hoofdstuk 13 (Berekening duur dienstverband), par. 6.

23 Zie HR 22 april 1993, NJ 1993, 503 (*Braber /*

*Indebus*).

24 HR 24 oktober 1986, NJ 1987/293 (*Slijkoord / Hekkema*). Vergelijk HR 1 mei 1987, NJ 1988, 20 (*Wareman / Demu*).

25 Vergelijk Ktr. Amsterdam 30 augustus 2010, JAR 2010/237.

26 HR 13 sept. 1991, NJ 1992, 130 (*Dingler / Merkelbach*).